

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GIUSEPPE TESAURO
presentadas el 8 de abril de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. En el presente procedimiento se ha solicitado al Tribunal de Justicia que interprete determinadas disposiciones contenidas en la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital¹ (en lo sucesivo, «Segunda Directiva»).

Las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia por el Landgericht Hannover se refieren, más concretamente, a la interpretación de los artículos 7, 10 y 11 y del apartado 2 del artículo 27, relativas a las «aportaciones no dinerarias», con objeto de averiguar si tales normas impiden la aplicación de la doctrina relativa a las aportaciones no dinerarias encubiertas elaborada por la jurisprudencia alemana.

2. Considero oportuno referirme, en primer lugar, a dicha doctrina, recientemente confirmada y desarrollada analíticamente por el Bundesgerichtshof en su sentencia de 15 de enero de 1990.² Esencialmente, la jurisprudencia

alemana califica de aportación no dineraria encubierta cualquier aportación en metálico que, aun siendo conforme a las disposiciones formales del Derecho de sociedades, presenta una relación de concomitancia y un vínculo material con una operación mediante la cual los ingresos líquidos obtenidos por la sociedad a consecuencia de la aportación dineraria se restituyen al suscriptor. Semejante operación constituiría en efecto, según la jurisprudencia y la doctrina dominante, una elusión de las disposiciones relativas a las aportaciones no dinerarias, disposiciones que imponen la publicidad y la comprobación del valor de la aportación. La infracción de tales disposiciones puede ser sancionada con la obligación de recuperar la aportación ya efectuada.

Procede señalar aquí que la figura de la «aportación no dineraria encubierta» no está contemplada ni en la Segunda Directiva ni en la Aktiengesetz (Ley relativa a las Sociedades Anónimas; en lo sucesivo, «AktG»), modificada mediante Ley de 13 de diciembre de 1978,³ mediante la que se adaptó el Derecho nacional a la citada Directiva.

La Segunda Directiva se limita de hecho a distinguir entre aportaciones dinerarias y aportaciones de otra clase (en lo sucesivo, «aportaciones no dinerarias»). Respecto a estas últimas, el artículo 10 establece que serán objeto de un informe emitido por uno o varios peritos independientes de la sociedad. Dicho informe, que debe emitirse con anterioridad a la constitución de la sociedad o a la obtención de la autorización para comenzar sus actividades, deberá contener indica-

* Lengua original: italiano.

1 — DO 1977 L 26, p. 1; EE 17/01, p. 44.

2 — Alike, II ZR 164/88, DB p. 311.

3 — *Bundesgesetzblatt I*, 1978, p. 1959.

ciones precisas, como la descripción de cada una de las aportaciones, las formas de evaluación y la correspondencia entre el valor de las aportaciones y el valor de las acciones emitidas y además será objeto de publicidad. El apartado 2 del artículo 27 impone una obligación análoga respecto a las aportaciones no dinerarias efectuadas como consecuencia de un aumento de capital.

Al mismo régimen, relativo al control y a la publicidad, así como a la autorización por la Junta General, están sometidas, conforme al apartado 1 del artículo 11, las adquisiciones por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a los socios fundadores, por un contravalor de al menos una décima parte del capital suscrito, y que tengan lugar antes de un plazo de dos años a partir del momento de la constitución de la sociedad (o de un plazo mayor fijado por la legislación nacional). Dicha obligación —que no se aplica a las adquisiciones hechas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad, ni a las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo control de una autoridad administrativa o judicial, ni a las adquisiciones hechas en bolsa (apartado 2 del artículo 11)— puede ser impuesta por los Estados miembros también respecto a las adquisiciones de activos pertenecientes a otros accionistas o a terceros.

Por último, procede recordar el artículo 7, que dispone que el capital suscrito sólo podrá estar constituido por activos susceptibles de evaluación económica.

3. Pasaremos, a continuación, a describir los hechos discutidos en el procedimiento principal, hechos que presentan tales particularidades que hacen el presente asunto, cuando menos, singular, y ello en varios aspectos. La sociedad ADV/ORGA (en lo su-

cesivo, «ADV/ORGA»), que desde hacía algunos años experimentaba dificultades económicas, procedió en abril de 1989 a un aumento de capital: la emisión de nuevas acciones fue garantizada por el Commerzbank, que llegó a ser también propietario de las mismas. Debo añadir que ya desde diciembre de 1988 el Commerzbank había adquirido una participación mayoritaria en ADV/ORGA y, además, había concedido préstamos a la misma sociedad.

En el curso de la Junta General de 16 de febrero de 1990, el Sr. Meilicke formuló al Consejo de Administración, en su calidad de accionista —de hecho posee una acción con derecho de voto— diversas preguntas sobre el aumento de capital y sobre el uso de esta aportación líquida, con objeto de averiguar si este dinero había servido para reducir las deudas de la sociedad frente al Commerzbank. En otras palabras, las respuestas a sus preguntas habrían permitido determinar si la aportación dineraria efectuada por el Commerzbank había de calificarse, conforme a la doctrina jurisprudencial del Bundesgerichtshof, que acabo de recordar, como una aportación no dineraria encubierta.

Por considerar que las respuestas proporcionadas por el Consejo de Administración no eran suficientes, el Sr. Meilicke solicitó al Landgericht Hannover, tribunal competente, *ratione loci*, que decidiera, conforme al artículo 132 de la AktG si el Consejo de Administración de la sociedad estaba obligado o no a proporcionarle las informaciones solicitadas. Hay que precisar aquí que, conforme a la primera frase del primer párrafo del artículo 131 de la AktG, el Consejo de Administración está obligado a proporcionar a los accionistas informaciones sobre las operaciones realizadas por la sociedad en la medida en que puedan ser adecuadas para permitir que se pronuncie con conocimiento de causa sobre un asunto comprendido en el orden del día.

Después de iniciado el procedimiento judicial, se proporcionaron por escrito al Sr. Meilicke informaciones complementarias, de modo que, como indica el propio órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión, el litigio principal debe considerarse resuelto parcialmente.⁴

A este respecto, ADV/ORGA ha afirmado en la vista que las informaciones proporcionadas eran suficientes para determinar si concurrían o no los requisitos para iniciar el procedimiento del artículo 131 de la AktG: tales informaciones permitirían fundamentalmente pronunciarse sobre la naturaleza de la aportación efectuada por el Commerzbank y, por tanto, sobre la propia existencia del derecho a la información teniendo en cuenta la doctrina sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas. Por consiguiente, ADV/ORGA añadió que, aunque procediera calificar la aportación efectuada por el Commerzbank como una aportación no dineraria encubierta —en contra de lo que prueban las informaciones y, en cualquier caso contra la tesis que ella sostiene— seguiría sin haber necesidad de proporcionar ulteriori informaciones.

4. Este punto es precisamente lo que se sigue discutiendo. El Landgericht, a diferencia de la sociedad demandada, considera en efecto que las informaciones proporcionadas no permiten calificar con certeza la aportación controvertida. En especial el Landgericht parece pensar que las informaciones suplementarias solicitadas por el Sr. Meilicke pueden influir sobre los derechos de este último en su condición de accionista, en la medida en que podrían llevar precisa-

mente a este órgano jurisdiccional a declarar —a la luz de los principios elaborados por la jurisprudencia alemana— la invalidez de la amortización de las obligaciones contraídas por ADV/ORGA, con anterioridad al aumento de capital, mediante la aportación dineraria efectuada por el propio pres-tamista, en el presente asunto, el Commerzbank.

Ahora bien, puesto que la solicitud de informaciones complementarias está destinada precisamente a precisar si se ha pagado al Commerzbank el préstamo (al menos parcialmente) con el dinero que él mismo había aportado con ocasión del aumento de capital, procede, según el Landgericht, considerar que concurren los requisitos contemplados por el artículo 131 de la AktG, precisamente debido a las mencionadas consecuencias que atribuye a tal tipo de operaciones la doctrina sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas elaborada por la jurisprudencia alemana. El propio órgano jurisdiccional nacional observa, sin embargo, que *el demandante no tendría ningún derecho a obtener tales informaciones si la doctrina de las aportaciones no dinerarias encubiertas fuera incompatible con el Derecho comunitario.*

Por consiguiente, el Landgericht ha efectuado una remisión prejudicial a este Tribunal de Justicia, con objeto de comprobar la existencia del derecho a obtener informaciones, solicitando que se pronuncie sobre la conformidad con la segunda Directiva de los principios que constituyen la base de la doctrina mencionada. El órgano jurisdiccional nacional ha afirmado, además, que desea utilizar el procedimiento del artículo 177 *en aras de la seguridad jurídica*, tras haber evocado la citada sentencia del Bundesgerichtshof y de haber señalado que ésta no ha estado exenta de críticas en la propia Alemania.

4 — En efecto, el Landgericht se limita a afirmar que no ha lugar a pronunciarse, en la medida en que ya se han proporcionado las informaciones, sin precisar sin embargo el tipo o la cantidad de informaciones comunicadas en respuesta a la solicitud del Sr. Meilicke.

Por último, es interesante precisar que, según la propia resolución de remisión, la tesis de la incompatibilidad de la citada doctrina con la Segunda Directiva también es mantenida además de por la demandada, *por el propio demandante*, lo que podría dar lugar, por consiguiente, [...] a desestimar su propia demanda.

Efectivamente, el Sr. Meilicke es autor de numerosas publicaciones en las que critica la doctrina de las aportaciones no dinerarias encubiertas,⁵ también y sobre todo en relación con la Segunda Directiva, hasta el punto de que cabe pensar (sin temor alguno de ser tachado de maledicencia) que haber invocado el pretendido derecho a las informaciones constituye sólo un pretexto para ver confirmada su propia tesis científica. A este respecto, señalaré que aunque su opinión de estudioso no tenga realmente ninguna influencia en el procedimiento que nos ocupa, no puede decirse lo mismo respecto a su postura procesal, que consiste precisamente en defender una tesis que, si es aceptada, llevaría a negarle el «pretendido» derecho a obtener las informaciones.⁶

5. En definitiva, el «caso Meilicke» puede resumirse de esta manera: a) la controversia

5 — Véase, por ejemplo, *Die «verschleierte» Sacheinlage; eine deutsche Fehlentwicklung*, Stuttgart 1989; «Die Kapitalaufbringungsvorschriften als Sanierungsbremse — Ist die deutsche Interpretation des § 27, Abs. 2 AktG richtlinienkonform?» en *DB*, 1989, pp. 1067 y ss; véase también Meilicke, Req: «L'apport de créances détenues sur une société en difficulté financière», en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1991, p. 587.

6 — Tal postura procesal anula, en mi opinión, el mismo interés del demandante en ejercitar la acción en el procedimiento principal. Joost, en un comentario a la resolución de remisión del Landgericht (EWiR, artículo 183 AktG 1/91, p. 325), ha expresado sus dudas sobre la admisibilidad de la petición de las informaciones precisamente porque el propio Sr. Meilicke considera carente de fundamento la doctrina sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas: por consiguiente, sería inválida la base en la que se funda el derecho a las informaciones.

ante el órgano jurisdiccional nacional ha estado visiblemente «construida» por el propio Sr. Meilicke; b) este último ha asumido una postura procesal que da lugar a la desestimación de su demanda y no a su estimación, hasta el punto de que es dudosa la existencia de uno de los requisitos exigidos para iniciar el procedimiento del artículo 177, es decir, la existencia de una controversia que el Tribunal de Justicia debe «ayudar» al órgano jurisdiccional nacional a resolver; c) el órgano jurisdiccional nacional considera útil plantear una cuestión prejudicial en aras de la seguridad jurídica y no para resolver la controversia como exige el artículo 177 (¿quizás precisamente porque ya no existe controversia?).

Ante tales peculiaridades procesales, debo reconocer que no consigo evitar la desagradable impresión de que el procedimiento a que se refiere el artículo 177 ha sido utilizado de una manera no del todo conforme a su finalidad. Y ello no precisamente porque el «litigio» haya sido tenazmente querido y buscado por el propio Sr. Meilicke,⁷ ni por la infortunada mención, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la utilidad de una remisión en aras de la seguridad jurídica, sino más bien en relación con la propia existencia de un litigio.

A este respecto, permítaseme insistir en el hecho de que la postura procesal del Sr. Meilicke no pretende obtener una «utilidad» de la estimación de su demanda, por el simple hecho de que en ella propugna su desestimación, alegando la falta de fundamento

7 — Efectivamente, ello constituye una nota de «color» carente de consecuencias, al menos en la medida en que no existen elementos que puedan hacer pensar que el litigio ante el órgano jurisdiccional nacional tuviera el carácter de un esquema procesal preconstituido por las partes en el sentido claramente establecido por el Tribunal de Justicia en sus conocidas sentencias de 11 de marzo de 1980, Foglia (104/79, Rec. p. 745), y de 16 de diciembre de 1981, Foglia (244/80, Rec. p. 3045).

legal de su pretensión. Ello puede equivaler a falta de interés en ejercitar la acción y, por consiguiente, dar lugar de esa forma a declarar la inexistencia de una controversia que es, por el contrario, uno de los presupuestos imprescindibles para poder iniciar el procedimiento del artículo 177.

Dicho esto, no puedo dejar de señalar que la existencia del interés en ejercitar la acción (y, por consiguiente, de una controversia) es un aspecto que debería haber sido examinado por el órgano jurisdiccional nacional basándose en las normas procesales de su ordenamiento jurídico interno. A ello se añade que, como resulta de los hechos del procedimiento, las informaciones proporcionadas por la sociedad han resuelto la controversia sólo parcialmente: por consiguiente, queda el hecho de que el órgano jurisdiccional nacional opina que debe pronunciarse sobre las informaciones ulteriores solicitadas por el Sr. Meilicke y que, a tal fin, plantea las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia relativas a la compatibilidad con la Segunda Directiva de la doctrina de las aportaciones no dinerarias encubiertas.

6. Así llegamos a las cuestiones planteadas por el Juez *a quo*.

Mediante la primera cuestión, el Landgericht pretende saber «si es compatible con el derecho comunitario proceder, antes de un aumento de capital de una Sociedad Anónima y conforme a las disposiciones preventivas en caso de aportaciones no dinerarias, a amortizar las obligaciones de la sociedad derivadas de un préstamo, utilizando para ello aportaciones en metálico del acreedor del préstamo». Precisamente con objeto de comprobar tal compatibilidad el órgano jurisdiccional nacional plantea a continuación otras siete cuestiones prejudiciales, cada una de ellas subdividida en numerosas cuestiones alternativas y subsidiarias. Por consiguiente, por meras razones de economía, remito al

informe para la vista a aquellos que no quieren privarse de la total lectura de las mismas, limitándome aquí a resumirlas (lo que no es fácil) de modo extremadamente sintético.

En concreto, se pregunta al Tribunal de Justicia: si lo dispuesto en la Segunda Directiva es directamente aplicable; si los artículos 10 y 11 y el apartado 2 del artículo 27 solamente configuran una protección mínima, o bien si el artículo 11, que garantiza la observancia del artículo 10 y del apartado 2 del artículo 27, constituye una norma exhaustiva contra el fraude o, por último, si el objetivo del artículo 10 y del apartado 2 del artículo 27, en relación con el artículo 11, es apto para garantizar una protección uniforme contra el fraude; si un aumento de capital mediante amortización de un crédito del suscriptor frente a la sociedad debe ser calificado como aumento de capital en metálico, como aumento de capital con cargo a aportaciones que no sean en metálico, o bien si se puede optar entre ambas calificaciones. Se pregunta además si la primera frase del artículo 7 permite la aportación mediante renuncia a un crédito frente a la sociedad por su valor nominal, independientemente de la solvencia de la sociedad; cuáles son las modalidades que caracterizan un fraude inadmisibles contra las normas relativas a las aportaciones que no sean en dinero, si se interpretan los artículos 7, 10 y 11 y el apartado 2 del artículo 27 en el sentido de que garantizan una normativa uniforme de protección contra el fraude, normativa que prohíbe las «aportaciones no dinerarias encubiertas»; si es compatible con el apartado 1 del artículo 25 el hecho de que un aumento de capital en metálico, decidido por la Junta General y suscrito regularmente, sea considerado nulo por el mero hecho de que la aportación en metálico vuelve, total o parcialmente, al suscriptor; por último, cuáles son las consecuencias de la eventual imposibilidad de alegar un crédito frente a la sociedad como aportación dineraria sobre la amortización de una deuda de la sociedad frente a un suscriptor.

7. Señalaré previamente que, como ya he dicho, tales cuestiones están destinadas a permitir al órgano jurisdiccional nacional aplicar correctamente una norma de Derecho nacional (el artículo 131 de la AktG), pero no tiene por objeto resolver —al menos formal y directamente— un problema de Derecho comunitario.

Sin embargo, no considero que tal circunstancia alcance una importancia decisiva respecto a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse en este asunto. Efectivamente, recordaré que el propio Tribunal de Justicia ha precisado que sólo cabe desestimar una petición planteada por un órgano jurisdiccional nacional, cuando «resulta manifiesto que la interpretación del Derecho comunitario o el examen de la validez de una norma comunitaria solicitados por este órgano jurisdiccional no guarda relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal»,⁸ en particular cuando «sea manifiesto que la disposición de Derecho comunitario sometida a la interpretación del Tribunal de Justicia no puede aplicarse».⁹

Por consiguiente, respecto al asunto que nos ocupa, una eventual declaración de incompetencia sólo se justificaría si fuera evidente que la disposición de Derecho comunitario cuya interpretación se solicita al Tribunal de Justicia no estaba destinada a aplicarse ni directa ni indirectamente. Señalaré ya que esto no sucede en el presente asunto: la interpretación de las normas de la Segunda Directiva relativas a las aportaciones no dinerarias constituye, de hecho, el presupuesto de la aplicación del artículo 131 de la

AktG y, por consiguiente, las normas controvertidas están destinadas a aplicarse.

Por otra parte, cualquier duda que se refiera a la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse respecto a controversias que suscitan cuestiones de Derecho comunitario a través de una norma nacional debe considerarse disipada en adelante tras la sentencia Dzodzi,¹⁰ en la que el Tribunal de Justicia afirmó, entre otras cosas, que «existe, en cambio, para el ordenamiento jurídico comunitario, un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación uniforme, toda disposición de Derecho comunitario reciba una información uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse» (apartado 37).

Efectivamente, en el asunto que nos ocupa, el derecho a la información (y por ende la «remisión» al Derecho comunitario) se basa en la interpretación efectuada por la jurisprudencia alemana de las normas nacionales relativas a las aportaciones no dinerarias, normas adoptadas para adaptar el Derecho nacional a la Segunda Directiva. Desde este punto de vista, la analogía con el asunto Dzodzi me parece indudable: el hecho de que la remisión al Derecho comunitario se base en una disposición formal de Derecho nacional o en la interpretación de la misma, tal y como ha sido efectuada por el órgano jurisdiccional nacional superior, no considero que constituya para el órgano nacional a quien se ha sometido un litigio en el que se plantea un problema de este tipo una diferencia decisiva. A ello se añade que el órgano jurisdiccional nacional opina que las normas internas, adoptadas sobre todo para adaptar el Derecho interno a la Segunda Directiva, tal y como han sido interpretadas por la jurisprudencia alemana, estarían en

8 — Véanse el auto de 26 de enero de 1990, Falcicola (C-286/88, Rec. p. I-191), apartado 8, y la sentencia de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 6.

9 — Véase, por último, la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartado 23.

10 — Sentencia de 18 de octubre de 1990 (asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartados 31 a 43.

contradicción con las normas comunitarias cuya interpretación se solicita.

8. Una vez dicho esto, considero oportuno detenerme brevemente en la tesis formulada por la Comisión respecto al objeto «real» de la controversia que nos ocupa. En efecto, la Comisión, después de recordar que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre los motivos que han inducido al órgano jurisdiccional *a quo* a plantearle una cuestión prejudicial, recuerda el pasaje de la sentencia Foglia en el que el Tribunal de Justicia afirmó que no era su cometido «expresar opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas, sino contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros»¹¹ (*traducción provisional*), para llegar a la conclusión de que procede definir claramente el objeto real del procedimiento principal, volviendo a formular, en su caso, las cuestiones prejudiciales.

En opinión de la Comisión, para dirimir el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, es suficiente determinar, y este es precisamente el único elemento controvertido, si el Derecho comunitario en materia de sociedades se opone a que el Landgericht estime la petición de informaciones, formulada con arreglo al artículo 131 de la AktG. Por consiguiente, la Institución comunitaria sugiere «volver a formular» las cuestiones en ese sentido y responde que, a falta de armonización legislativa comunitaria del derecho de los socios a recibir información, es preciso remitirse al Derecho nacional para resolver tal cuestión.

Debo reconocer, en realidad, que no me parece muy clara la técnica utilizada por la Comisión para «volver a formular» las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccio-

nal nacional, sobre todo si la Comisión llega a la conclusión de que el problema del derecho a la información debe resolverse conforme al Derecho nacional. En efecto, apenas hay que señalar que el órgano jurisdiccional nacional pretende precisamente resolver la controversia aplicando una norma de Derecho nacional: no obstante, señala que el presupuesto para recurrir a las normas nacionales aplicables lo constituye la interpretación de las normas comunitarias a las que el Derecho nacional, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia alemana, se remite en definitiva.

A este respecto, señalaré que, si bien es totalmente cierto que el Tribunal de Justicia ha vuelto a formular a menudo cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, si bien con el único objetivo de proporcionarle una respuesta útil, es verdad igualmente que el Tribunal de Justicia procede a formular de nuevo las cuestiones únicamente cuando éstas se han formulado de manera impropia o exceden de cualquier modo el ámbito de las funciones que le atribuye el artículo 177, limitándose, no obstante, a extraer del conjunto de los elementos proporcionados por el órgano jurisdiccional nacional y, en particular, por los fundamentos de la resolución de remisión, los elementos de Derecho comunitario que requieren interpretación o, en su caso, el examen de su validez, teniendo en cuenta el objeto del litigio.¹²

Por el contrario, mediante una nueva formulación particularmente «oscura», la Comisión sugiere responder a una *cuestión que no se ha formulado* (ni siquiera de manera impropia) y que, en cualquier caso, teniendo en cuenta los fundamentos de la resolución de remisión, no es el auténtico interrogante planteado por el litigio a que se refiere el

11 — Sentencia de 16 de diciembre de 1981, anteriormente citada, apartado 18.

12 — Sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207), apartado 9; de 4 de diciembre de 1980, Wilner (54/80, Rec. p. 3673), apartado 4, y de 15 de octubre de 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Rec. p. 2823), apartado 15.

procedimiento principal y que, por consiguiente, no ayuda en modo alguno al órgano jurisdiccional nacional a resolver la controversia pendiente ante él.

Por tanto, la tesis de la Comisión implica fundamentalmente que ninguna de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional sirve para dirimir la controversia. Aunque fuera así, no se comprende entonces el motivo de una nueva formulación de las cuestiones que equivale a una «no respuesta»: ¿por qué no ser claro hasta el final y resolver que se trata de cuestiones ajenas al asunto principal?

9. Es cierto que incluso los motivos que alega la Comisión en apoyo de su tesis suscitan no poca perplejidad. Efectivamente, ésta ha afirmado que la remisión del Landgericht se debe considerar hecha antes de tiempo, por cuanto la respuesta del Tribunal de Justicia, en la medida en que permitiera al órgano jurisdiccional nacional aplicar correctamente su propio Derecho nacional (en el presente asunto, el artículo 131 de la AktG), no resolvería ninguna controversia desde el punto de vista del Derecho comunitario. En realidad, la afirmación de que la remisión se hizo «antes de tiempo», que fue confirmada en la vista, parecería indicar que lo que se discute es si fue acertado elegir esta fase del litigio para proponer la remisión, circunstancia que, de por sí, no puede excluir que las cuestiones planteadas para resolver el mismo sean oportunas.

Por otra parte, en la medida en que la solicitud de informaciones, como se afirma en la resolución de remisión, careciera de fundamento si la doctrina de las aportaciones no dinerarias encubiertas fuera incompatible

con la Segunda Directiva (o, por supuesto, en la medida en que fuera completamente irrelevante respecto a ella), me pregunto cómo se puede afirmar que la interpretación de las correspondientes normas de la Directiva no tiene ninguna importancia para determinar si existe o no semejante derecho a la información.

Señalaré además que, aunque en el asunto que nos ocupa sea indudable que la norma aplicable es una norma de Derecho nacional, no está tan claro, contra lo que parece opinar la Comisión, que ninguna norma de la Segunda Directiva da base para pensar que ella se opone a las posibles consecuencias jurídicas de semejante solicitud de informaciones. Por el contrario, considero evidente que, si las informaciones suplementarias solicitadas por el Sr. Meilicke llevaran a la conclusión de que se trata de una aportación no dineraria encubierta, ello constituiría la condición necesaria para declarar no conforme a las normas que imponen el control y la publicidad la operación que han efectuado ADV/ORGA y el Commerzbank, con la consecuencia de que este último podría verse obligado, si se cumplieran algunos requisitos, a recuperar la aportación ya efectuada y ello, en su caso, infringiendo las normas correspondientes de la Segunda Directiva.

Ciertamente, también podría afirmarse que, sólo después de haber procedido a la calificación concreta del tipo de aportación que dio origen al litigio principal, calificación posible si se estimara la petición de más informaciones efectuada por el Sr. Meilicke, puede suscitarse en concreto y directamente un problema de interpretación de las normas de Derecho comunitario aplicable. No obstante, no creo poder compartir semejante

tesis, precisamente porque plantearía, contra una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la cuestión de si fue adecuado el momento procesal en que se efectuó la remisión.

Finalmente, baste aquí señalar que, en cualquier caso, el punto de vista del órgano jurisdiccional remitente es distinto: más allá del hecho de si se trate o no de una aportación no dineraria encubierta, como ha sido definida por la jurisprudencia alemana, una respuesta del Tribunal de Justicia respecto a la conformidad de la doctrina mencionada con las normas de la Segunda Directiva permitiría resolver «por adelantado» la controversia sobre el derecho a la información. No hace apenas falta añadir que, en ese sentido, la interpretación que dé el Tribunal de Justicia está, en cualquier caso, destinada a aplicarse.

Si por el contrario se llegara a la conclusión de que las cuestiones planteadas no son aplicables en absoluto a la resolución del litigio, bien porque las cuestiones son generales e hipotéticas, bien porque están únicamente destinadas a comprobar la aplicabilidad de una norma de Derecho interno,¹³ opino que la consecuencia lógica y natural, teniendo en cuenta la distribución de competencias entre el órgano jurisdiccional nacional y el comunitario, no puede ser sino una declaración de incompetencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse. Se trataría indudablemente de una solución mucho más coherente con el tenor y los objetivos del artículo 177, tal como han sido precisados por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

13 — A este respecto, véase sin embargo cuanto se dijo en el punto 7.

10. Como se ve, no creo poder compartir la tesis de la Comisión, ni tal como se plantea (nueva formulación, lo que equivale a «no responder»), ni tal como es en el fondo (nada tienen que ver con el asunto las cuestiones planteadas). Paso, por consiguiente, a examinar las cuestiones planteadas por el Landgericht de Hannover.

Como ya he señalado en el punto 6, la primera cuestión plantea en términos generales el problema que se propone al Tribunal de Justicia, sin especificar sin embargo las normas de Derecho comunitario aplicables al efecto; por el contrario, las cuestiones siguientes precisan las disposiciones de la Segunda Directiva (y con ellas la interpretación que de ellas se solicita) que pueden tener importancia para resolver la primera cuestión.

En verdad, es difícil prescindir de que páginas enteras de las cuestiones, tal como están planteadas, tienden a «provocar» un comentario del Tribunal de Justicia de la citada sentencia del Bundesgerichtshof de 15 de enero de 1990 y que, en cualquier caso, mediante toda una serie de alternativas y cuestiones subsidiarias que pueden plantearse, pretenden obtener una sentencia que examine la teoría de las aportaciones no dinerarias encubiertas en todos sus aspectos, más allá del caso concreto sometido al órgano jurisdiccional *a quo*. A este respecto, apenas es preciso subrayar que no incumbe a este Tribunal de Justicia comentar la sentencia del Bundesgerichtshof, ni resolver en abstracto todas las dudas de interpretación que pueda suscitar la teoría de las aportaciones no dinerarias encubiertas respecto al Derecho comunitario.

Por consiguiente, resulta necesario, conforme a la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia,¹⁴ proceder a una nueva formulación («tradicional») de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

Por consiguiente, habida cuenta de que en el presente asunto el pretendido derecho a las informaciones tiene por objeto determinar si ha habido un doble pago, que consistiría en la amortización de un préstamo (contraído por ADV/ORGA) mediante la aportación del propio prestamista (Commerzbank), el aspecto esencial —tal como ha puesto de relieve el órgano jurisdiccional de remisión mediante su primera cuestión— consiste en determinar si la amortización de una deuda que presenta un vínculo de comitancia y un vínculo objetivo con una aportación no dineraria *debe* quedar sometido a las disposiciones de control y de publicidad establecidas en la Segunda Directiva respecto a las aportaciones no dinerarias, una vez que la amortización se efectuó con medios financieros aportados por el propio acreedor para suscribir las acciones.

En otras palabras y para simplificar, el problema se plantea en estos términos: la sociedad A procede a un aumento de capital; el Sr. X —que es, además, acreedor de dicha sociedad— suscribe acciones; después del aumento de capital, o incluso inmediatamente antes, la sociedad paga su deuda al Sr. X. Semejante operación, conforme con las normas de la Segunda Directiva que regulan las aportaciones no dinerarias, ¿debe considerarse prohibida por las mismas normas o como simplemente autorizada, lo que implicaría la posibilidad de los Estados miembros de establecer una normativa más severa?

14 — Véanse las sentencias citadas en la nota 12.

Para resolver tal problema, las numerosas cuestiones planteadas por el Landgericht Hannover pueden formularse de este otro modo:

- 1) Los créditos contra una sociedad y aportados por la misma, ¿deben ser considerados, en el sentido y a los efectos de la aplicación de la Segunda Directiva, como aportaciones no dinerarias o, por el contrario, deben ser tratados del mismo modo que las aportaciones dinerarias y, si es así, hasta qué límite?
- 2) Si procediera calificarlos como aportaciones no dinerarias (y en esa medida), el artículo 11 de la Segunda Directiva, ¿supone un régimen exhaustivo contra las actuaciones destinadas a eludir las disposiciones correspondientes del artículo 10 y del apartado 2 del artículo 27 de la misma Directiva, o se ha dejado a los Estados miembros la posibilidad de intervenir en hipótesis distintas de la que contempla dicho artículo?
- 3) Por último, las normas de la Segunda Directiva que satisfacen los criterios de aplicación directa, ¿pueden ser invocadas por los particulares en sus relaciones con una sociedad?

I. Sobre la calificación de los créditos alegados frente a la sociedad y aportados a la misma

11. La importancia de tal calificación a los fines de la solución del problema que nos ocupa es del todo evidente. Efectivamente, en la medida en que se llegue a la conclusión de que un crédito contra una sociedad puede cancelarse mediante un aumento de

capital en dinero, es evidente que, con mayor motivo, la cancelación de una deuda mediante medios financieros aportados por el propio acreedor para suscribir las acciones habrá de considerarse conforme a la Segunda Directiva, sin que se plantee, ni siquiera en abstracto, la cuestión de un fraude contra las normas que rigen las aportaciones no dinerarias.

A la inversa, en la medida en que se llegue a la conclusión de que deben aplicarse las normas previstas para las aportaciones no dinerarias a la aportación de un crédito contra la sociedad, podría suscitarse el problema de la licitud de semejante operación desde el punto de vista indicado: en semejante caso habrá, pues, de comprobarse si la Segunda Directiva constituye una normativa completa contra los fraudes contra las normas que regulan las aportaciones no dinerarias o si deja a los Estados miembros la posibilidad de adoptar normas de protección más rigurosas.

Por lo tanto, para determinar si las aportaciones de créditos deben ser consideradas como aportaciones dinerarias o bien como aportaciones no dinerarias, es preciso determinar previamente si la Segunda Directiva pretendía delimitar por sí misma estos dos tipos de aportaciones o si, por el contrario, al no definir las expresamente, dejaba a los Estados miembros la libertad de dar a estos conceptos el sentido que les da su propio ordenamiento jurídico nacional; más en general, si la Segunda Directiva contiene sólo normas mínimas (o, en cualquier caso, implica una armonización mínima) o si, por el contrario, esta materia regula de modo exhaustivo. Empezaré por tratar brevemente este último aspecto.

a) *Sobre la protección mínima*

12. Observo, en primer lugar, que el segundo considerando de la Segunda Directiva declara expresamente que su finalidad es garantizar, entre otras cosas, «una equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de estas sociedades». Semejante afirmación conduciría, a primera vista, a considerar correcta la adopción de medidas de protección más rigurosas que las previstas a nivel comunitario o, si ya existieran en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, su mantenimiento en vigor.

Es cierto que el objetivo de la «equivalencia mínima» no implica necesariamente que se haya dejado a los Estados miembros la posibilidad de establecer excepciones, aunque sea mediante normas más severas, a lo dispuesto por la Directiva. Es evidente en efecto que el mismo objetivo puede alcanzarse estableciendo normas vinculantes que garanticen un nivel mínimo de armonización pero que, al mismo tiempo, dejen a los Estados miembros la posibilidad de adoptar normas más severas sólo dentro de los límites trazados por la propia Directiva.

En realidad, un análisis incluso superficial de las disposiciones de la Segunda Directiva muestra que, aun cuando algunas de ellas establecen expresamente niveles mínimos de armonización (por ejemplo los artículos 2, 3 y 26), dejando por tanto a los Estados miembros la libertad de adoptar medidas más severas, también es cierto que existen disposiciones que excluyen cualquier discrecionalidad del legislador nacional (por

ejemplo el artículo 7, el apartado 1 del artículo 8 y el apartado 2 del artículo 11). Esta circunstancia parece indicar precisamente que el legislador nacional puede completar la norma de que se trata mediante disposiciones más severas únicamente cuando semejante posibilidad esté expresamente prevista o, al menos, autorizada.

Por consiguiente, el problema no puede resolverse en abstracto, sino sólo teniendo en cuenta todas las disposiciones que figuran en la Directiva, así como el conjunto de la normativa prevista para cada sector.

Por lo demás, hay que recordar que el objetivo de garantizar una «equivalencia mínima en la protección de los accionistas y de los acreedores de estas sociedades» podría verse comprometido por el hecho de que estas dos categorías de personas (acreedores y socios) tuvieran intereses que no siempre son homogéneos: aumentar la protección de unos podría por consiguiente perjudicar a los otros.

Desde esta perspectiva, si se reconociera a los Estados miembros la competencia para adoptar una normativa más severa y ésta reforzara, por ejemplo, la protección de los acreedores, ello podría tener precisamente como consecuencia completamente normal la disminución de la protección de los socios. Aclararé esta afirmación con un ejemplo: si un Estado miembro sometiera algunas aportaciones dinerarias a las normas previstas para las aportaciones no dinerarias, ello daría lugar a que tales aportaciones escaparían a la aplicación del apartado 1 del artículo 29, disposición cuya aplicabilidad directa ha sido reconocida por el Tribunal

de Justicia en la reciente sentencia de 24 de marzo de 1992.¹⁵ Esto supondría un perjuicio evidente para los socios, puesto que dicha norma establece a su favor un derecho de opción proporcional a la cuota de capital representada por sus acciones.

b) *Sobre el concepto de aportación no dineraria: ¿concepto comunitario o remisión al Derecho nacional?*

13. Es, pues, evidente, como lo demuestra por otra parte el ejemplo que acabo de poner, que la delimitación entre aportaciones dinerarias y aportaciones no dinerarias incide notablemente en el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que se han establecido normativas diferentes para las dos categorías de aportaciones. Por consiguiente, la interpretación de los conceptos de que se trata sólo puede hacerse con independencia de si la normativa contra el fraude es sólo una norma mínima o bien constituye un régimen exhaustivo al que no puedan establecer excepciones los Estados miembros, ni siquiera mediante normas más severas.

Efectivamente, si no fuera así, es decir, si se dejara a los Estados miembros la posibilidad de determinar de manera autónoma lo que deba entenderse por aportación no dineraria (y, a la inversa, lo que deba entenderse por aportación dineraria) y, por consiguiente, la facultad de delimitar las dos categorías de aportaciones, se les dejaría —fundamentalmente— la posibilidad de decidir el propio ámbito de aplicación de la Segunda Directiva, modificándolo en uno u otro sentido.

15 — Evangeliki Ekklessia (C-381/89, Rec. p. I-2111).

Por otra parte, no hay que olvidar que el sistema establecido por la Segunda Directiva se caracteriza precisamente por la dicotomía entre aportaciones dinerarias y aportaciones no dinerarias y que este régimen excluye, pues, que se hayan de plantear hipótesis que no puedan estar comprendidas en unas u otras. La Segunda Directiva, aun sin definir expresamente los conceptos de que se trata, ha adoptado significativamente para las aportaciones no dinerarias la definición residual de «aportaciones que no sean en metálico». Esta circunstancia me parece indicar que tales conceptos deben ser aplicados uniformemente en todos los Estados miembros.

Sin embargo, la doctrina dominante y la jurisprudencia al respecto distinguen según se trate de créditos del acreedor aportante contra la sociedad o contra terceros, afirmando que sólo se aplican las disposiciones relativas a las aportaciones no dinerarias en este último caso. En concreto, en el caso de créditos contra la sociedad, en casi todos los Estados miembros¹⁶ la «conversión de deudas en capital» es admitida y efectuada normalmente en forma de aumento de capital en metálico con *compensación* simultánea, legal o voluntario, de la deuda de aportación con el crédito del suscriptor contra la sociedad.

En definitiva, la interpretación de los conceptos de que se trata no puede dejarse a la discrecionalidad de los Estados miembros, sino que debe ser comunitaria: otra solución implicaría que la Segunda Directiva no sirve para garantizar un nivel, aunque sólo fuera mínimo, de armonización (en la medida en que variaría de Estado a Estado) y, en cualquier caso, no se garantizaría tampoco la «equivalencia mínima en la protección» que menciona el segundo considerando de la Directiva.

Ahora bien, puesto que el objetivo de la normativa sobre aportaciones no dinerarias es evitar el riesgo de sobrevaloración (de bienes o de créditos) en perjuicio de la sociedad, así como proteger los intereses de accionistas y acreedores, es preciso comprobar si existe un riesgo de que un crédito contra la sociedad, que haya sido objeto de una aportación, haya sido sobrevalorado en perjuicio de la propia sociedad, de los socios o de los acreedores.

c) Sobre las «aportaciones» de créditos

14. Una vez precisado esto y teniendo en cuenta que la Segunda Directiva adopta la fórmula negativa de «aportaciones que no sean en metálico» no puede dejar de señalarse que, al menos a primera vista, parece que las aportaciones de créditos deberían ser incluidas entre las aportaciones no dinerarias y que, como tales, deben estar sujetas a las disposiciones completadas por el artículo 10 y el apartado 2 del artículo 27 de la Directiva.

Señalaré, en primer lugar, que no considero necesario, en caso de aportación de un crédito contra la sociedad, *bien entendido, en la*

16 — A este respecto, precisaré que en Francia, en Bélgica y en el Reino Unido se admite la compensación voluntaria cuando se trate de un crédito líquido y exigible; y ello también cuando la sociedad sufra pérdidas; en Italia se admite, si concurren los mismos requisitos, la compensación legal. Por el contrario, en Alemania está prohibido al accionista compensar la obligación de aportación con un crédito del suscriptor (artículo 66 de la AktG); no obstante, se considera que la sociedad puede utilizar este procedimiento para liberarse de la obligación de extinguir una deuda suya siempre que el crédito sea líquido, exigible y *vollwertig* (es decir, no sometido a devaluación a causa de la situación económica de la sociedad).

medida en que se trate de un crédito líquido y exigible, proceder a una valoración del mismo, precisamente porque los citados requisitos en que se basa la normativa que regula las aportaciones no dinerarias ya se han cumplido.

terna, gracias a la cual se suprime una partida del debe y se incrementa la cuantía del capital. En esta operación interna, la partida del debe de la sociedad, a la que corresponde el crédito del suscriptor, sólo puede ser utilizada por su valor nominal.

Efectivamente, en tal caso, el dinero aportado por el crédito ya ha entrado en la caja de la sociedad y, por tanto, no subsiste ninguna de las razones que indujeron al legislador a imponer la necesidad de la valoración. Añadiré a ello que la aportación de estos créditos al capital se traduce sólo en modificaciones contables que, eliminando la deuda de una sociedad, permiten liberar la correspondiente partida del activo, incrementando el capital.

Consecuencia de ello es que semejante operación refuerza la situación patrimonial de la sociedad y no causa ningún perjuicio ni a los acreedores ni a los accionistas. Desde el punto de vista de los acreedores de la sociedad, en efecto, la aportación a la sociedad de un crédito que tienen contra ella no puede ser nunca sobrevalorado: si uno o varios acreedores sociales pasan a ser socios, quedan detrás de los otros acreedores que, por consiguiente, obtendrán una ventaja de dicha operación; lo mismo sucede desde el punto de vista de los demás socios, en la medida en que los acreedores que aportan a la sociedad su crédito contra ella gozarán de preferencia frente a los socios en la liquidación del activo si siguen siendo acreedores.

En otras palabras, en el supuesto de que exista un crédito frente a la sociedad, ésta última no obtiene de fuera ningún elemento patrimonial y el aumento de su capital se efectúa mediante una operación contable in-

d) [...] respecto a una sociedad en crisis

15. Sin embargo semejante planteamiento puede ser seriamente discutido si las pérdidas de la sociedad superan el capital social: efectivamente, en tal caso podría afirmarse que el dinero aportado, y que constituye la base del crédito que, en teoría, se quiere incluir en el capital, ya se ha agotado. En otras palabras, cuando la sociedad esté en crisis, bien podría considerarse que el valor real del crédito del socio es de hecho, precisamente debido a la situación de crisis de la sociedad deudora, inferior a su valor nominal y, por tanto, posiblemente al de las acciones correspondientes a la deuda que se pretendería extinguir de ese modo. Esta es precisamente la postura de la doctrina y de la jurisprudencia alemana.

Al respecto observaré, en primer lugar, que, para la sociedad, el valor del crédito líquido y exigible del que son titulares los socios o terceros contra ella es necesariamente idéntico al valor nominal, incluso en caso de insolvencia: efectivamente, esta última tiene influencia en el valor para el aportante, pero no en el valor de la deuda desde el punto de vista de la sociedad. Además, en el balance, que es indudablemente el instrumento más importante para la protección del patrimonio social, tanto los créditos de la sociedad por las cantidades que aún le deben los socios como sus deudas se contabilizan precisamente por su valor nominal.

Tampoco considero correcto plantear el problema de la solvencia de la sociedad refiriéndome a la apariencia que operaciones como las aquí contempladas pudieran ofrecer a los terceros, en el sentido de que estos últimos serían engañados sobre el estado de «salud» de la sociedad. A este respecto, me limitaré a señalar que un aumento de capital, mediante aportaciones no dinerarias o dinerarias en el sentido estricto del término, no puede en ningún caso proporcionar informaciones a terceros sobre la situación financiera de la sociedad. Analizado desde esta perspectiva, el problema sería, más bien, el de la licitud de un aumento de capital antes de haber eliminado las pérdidas (cuando el patrimonio neto de la sociedad sea inferior al capital, o al capital mínimo, o se exprese claramente en un valor negativo) y no el de la licitud de la extinción de una deuda de la sociedad por medio de una aportación efectuada por el acreedor-suscriptor de nuevas acciones. Por lo que se refiere a la protección de socios y acreedores en situaciones de este tipo, las consideraciones desarrolladas en el punto precedente siguen siendo válidas.

Las anteriores observaciones están confirmadas por la interpretación de la primera frase del artículo 7 de la Segunda Directiva, en la parte en que dispone que el capital suscrito sólo puede estar constituido «por activos susceptibles de evaluación económica».

Es indudable que la posibilidad de evaluación económica, es decir, la patrimonialidad, constituye un requisito objetivo, independiente de la configuración que las partes hayan querido dar a sus aportaciones. Por consiguiente, dicha norma comunitaria esta-

blece un límite de carácter general a la autonomía de las partes (socio y sociedad) imponiendo que las aportaciones tengan por objeto bienes objetivamente valorables en dinero. Y ciertamente un crédito es evaluable en [...] dinero.

Por consiguiente, una aportación consistente en la renuncia a un crédito contra la sociedad por su valor nominal, independientemente de la solvencia de la sociedad, es decir, incluso cuando esta última se encuentra en una situación financiera crítica, debe considerarse autorizada con base en la norma de que se trata; por otra parte, el tenor literal y la finalidad de la misma, lejos de refutarla, confirman la tesis de que la evaluación económica de un crédito contra la sociedad debe efectuarse desde el punto de vista de esta última, sin tener en cuenta su solvencia, y ciertamente no desde el punto de vista del acreedor.

16. Por las razones antes expuestas, procede, pues, interpretar el artículo 7 en el sentido de que la evaluación del crédito sólo puede efectuarse desde el punto de vista de la sociedad: es evidente que, desde el mismo punto de vista, la evaluación de un crédito (una deuda en realidad, desde este punto de vista) sólo puede efectuarse por su valor nominal.

En definitiva, desde el momento en que el crédito del suscriptor contra la sociedad sea un crédito en dinero, líquido y exigible, nada impide, vista la *ratio* de las disposiciones sobre las aportaciones no dinerarias, tratarlo de la misma manera que una aportación dineraria: más concretamente, deberá ser configurado como una modalidad de li-

beración de una obligación de aportación dineraria. A los fines del presente procedimiento, ello implica que no se plantea ni siquiera en abstracto un problema de fraude contra las normas aplicables a las aportaciones no dinerarias en los supuestos de doble pago, siempre que —repito— se trate de un crédito de dinero, líquido y exigible.

Si, por el contrario, no se cumplen dichos requisitos, por ejemplo porque el crédito aún no ha vencido, únicamente podrá ser objeto de una aportación no dineraria, siendo inevitable en tal caso una evaluación, lo que no podrá dejarse a la discrecionalidad del Consejo de Administración; y ello no tanto porque se requiera una evaluación en lo relativo a la duración del crédito, los interesados y/u otras condiciones cuanto más bien por el hecho de que correspondería a las administraciones evaluar la equivalencia de la ventaja derivada para la sociedad de la liberación de la obligación contraída con el suscriptor en relación con el sacrificio patrimonial consistente en la falta de ingreso de la aportación.

Ahora bien, dado que en el presente asunto no sabemos si el crédito del Commerzbank contra ADV/ORGa es un crédito líquido y exigible o si aún no ha vencido, procede examinar el problema de la protección contra los fraudes contra las normas relativas a las aportaciones no dinerarias, precisamente para comprobar si una operación consistente en un doble pago está, en cualquier caso, sometida a tales normas o si, por el contrario, los Estados miembros siguen siendo libres para regular la materia, al menos mediante normas más severas.

II. La protección frente al fraude contra las normas que regulan las aportaciones no dinerarias

17. Establecidos los límites dentro de los cuales puede extinguirse un crédito contra la sociedad mediante un aumento de capital en dinero, entraré a examinar los artículos 1 y 11 y el apartado 2 del artículo 27, con objeto de determinar si constituyen solamente normas «mínimas» y, si es así, hasta qué punto o, por el contrario, normas que contienen una normativa completa, que no deja por consiguiente ningún margen de discrecionalidad a los Estados miembros.

Más concretamente, es preciso comprobar aquí si el artículo 11 constituye una normativa completa contra los fraudes o bien, dado el tenor literal y la *ratio* del artículo 10 y del apartado 2 del artículo 27, se ha dejado efectivamente a los Estados miembros la posibilidad de establecer normas más rigurosas para reprimir los eventuales fraudes.

Diré, para empezar, que el artículo 10 y el apartado 2 del artículo 27 se limitan a dictar disposiciones sobre el control y la publicidad de las aportaciones no dinerarias efectuadas en el momento de la constitución de la sociedad y a consecuencia de un aumento de capital. A este respecto, se trata de una normativa que no plantea problemas particulares, desde el punto de vista que nos interesa, en el sentido de que está destinada precisamente a regular los casos en los que las aportaciones se declaran expresamente como aportaciones no dinerarias.

Más concretamente, por lo que se refiere al apartado 2 del artículo 27, baste con señalar que esta norma indica taxativamente que, en

el caso de aportaciones no dinerarias efectuadas como consecuencias de un aumento de capital, se aplicará un régimen análogo al previsto en el apartado 1 del artículo 10, que prevé además la aplicabilidad de los apartados 2 y 3 del mismo artículo 10.

Por su parte, el artículo 10 establece de forma taxativa que las aportaciones no dinerarias deberán ser objeto de un informe pericial (apartado 1). Se reconoce una cierta discrecionalidad únicamente respecto a las indicaciones que pueden contenerse en el informe y que se añaden a las que necesariamente deben constar en él (apartado 2), así como respecto a la posibilidad de no aplicar el apartado 1, aunque únicamente cuando se cumplan los requisitos mencionados taxativamente en el apartado 4. En definitiva, no creo que pueda hablarse de una norma mínima, puesto que se indican expresamente los límites dentro de los que los Estados miembros tienen la posibilidad de hacer más severa (apartado 2) o también menos severa (apartado 4) la normativa de que se trata.

18. Por el contrario, el artículo 11 plantea ciertamente mayores problemas interpretativos, tanto desde el punto de vista literal como respecto a su propia *ratio*, en particular por lo que se refiere al papel que desempeña en la protección frente a los fraudes contra la normativa relativa a las aportaciones no dinerarias.

El artículo citado se refiere, recordémoslo, a la adquisición por parte de la sociedad de cualquier activo perteneciente a los fundadores y a los promotores. Dichas adquisiciones se someten, cuando su contravalor sea al menos una décima parte del capital y se adquieran antes de dos años a partir del mo-

mento de la constitución, al mismo régimen de evaluación y de publicidad establecido en el artículo 10 para las aportaciones no dinerarias y, además, deben ser aprobadas por la Junta General (apartado 1).¹⁷ Dicha norma permite al legislador nacional hacer más severo el régimen contemplado en ella: de hecho se admite precisamente la posibilidad de ampliar el plazo de dos años establecido para las adquisiciones sometidas a lo dispuesto sobre control y publicidad, así como la posibilidad de ampliar el grupo de las personas a las que se aplica el régimen mencionado, de modo que comprenda también a los accionistas y a otras personas.

Ahora bien, la propia circunstancia de que el artículo 11 contemple expresamente dos hipótesis en las que se permite al legislador nacional adoptar medidas más severas parece confirmar la tesis de que la equivalencia mínima de la protección establecida por la Segunda Directiva debe entenderse en el sentido de que los Estados miembros pueden hacerla más severa solamente cuando la propia Directiva lo prevea y únicamente en los límites fijados por ésta.

A ello se añade que el apartado 2 del artículo 11 excluye expresamente la aplicabilidad del apartado 1 a las adquisiciones hechas en el marco de operaciones corrientes de la sociedad, las adquisiciones hechas por iniciativa o bajo el control de una autoridad administrativa o judicial y las adquisiciones hechas en bolsa. El tenor literal de dicha disposición, conforme al cual «el apartado 1 no se aplicará [...]» induce, efectivamente, a considerar que el legislador comunitario quiso excluir expresamente la aplicabilidad

17 — Dicho régimen ha sido tomado precisamente del Derecho alemán de sociedades, único ordenamiento jurídico que regula semejante hipótesis (me refiero a la llamada *Nährgründung* que regula el artículo 52 de la AktG).

de la norma a los hechos indicados. Y, de hecho, no se limita a conceder a los Estados miembros la simple facultad de establecer excepciones o no a la disposición considerada, como lo hace en otras disposiciones en las que ha utilizado fórmulas del tipo «los Estados miembros podrán no aplicar [...]». El hecho de que se hayan substraído expresamente a la normativa de las aportaciones no dinerarias las adquisiciones efectuadas en el marco de las operaciones corrientes de la sociedad es un elemento adicional que lleva a excluir la aplicación analógica del apartado 1 del artículo 11 a situaciones no expresamente contempladas o que simplemente se concretan en operaciones que, en sustancia, «eluden» la aplicación de la normativa sobre aportaciones no dinerarias.

Señalaré, además, que del propio tenor literal de la norma se deduce que la normativa de que se trata *no es aplicable a las adquisiciones de bienes cuyo importe sea inferior a una décima parte del capital social, ni a las adquisiciones de bienes pertenecientes a socios que hubieran suscrito acciones a consecuencia de un aumento de capital,*¹⁸ *ni, por consiguiente, al pago de sus deudas por parte de la sociedad.*¹⁹

Habida cuenta de lo antedicho, cabe preguntarse si, como afirma la jurisprudencia

18 — Siempre que, evidentemente, los aumentos de capital se hayan efectuado una vez expirado el plazo de dos años establecido por dicha norma (o también una vez expirado el plazo superior establecido por el legislador nacional).

19 — Es evidente que este supuesto se presenta en principio en los casos de aumento de capital; efectivamente, son limitadísimo los casos en los que se puede alegar (y aportar) un crédito frente a una sociedad en el propio acto constitutivo de la misma: ello puede ocurrir fundamentalmente sólo respecto a los gastos de constitución de la propia sociedad.

alemana, el apartado 1 del artículo 11 se refiere únicamente a uno de los casos de posible fraude contra las normas sobre las aportaciones no dinerarias, con la consecuencia de que los Estados miembros conservarían la facultad de regular los demás casos de «fraude» que pudieran presentarse o si, por el contrario, debe pensarse que, al equiparar a una aportación no dineraria únicamente el supuesto examinado, el legislador comunitario pretende excluir que casos similares pudieran tratarse de modo análogo a lo previsto en el apartado 1 del artículo 11. Con objeto de responder a esta cuestión, es obviamente útil referirse a la *ratio* de la norma de que se trata.

19. La consideración más inmediata que sugiere la lectura de la disposición es que el legislador comunitario pretendía evitar los fraudes contra la normativa de las aportaciones no dinerarias a través de negocios, distintos del contrato de aportación, que transmitieran sustancialmente la propiedad (u otro derecho) sobre determinados bienes, sin las garantías y los controles previstos para esos casos. Es evidente, en efecto, que quien pretenda aportar un bien no dinerario pero no quiera sin embargo sujetarse a la obligación de presentar una declaración de valoración podría efectuar en un primer momento la aportación en dinero y luego, de acuerdo con los administradores, vender el mismo bien a la sociedad. Una operación de este tipo produciría el doble efecto de sustraer la evaluación del bien al particular rigor que impone el artículo 10 y, eventualmente, hacer posible una restitución de la aportación al socio.²⁰

20 — En realidad un supuesto como el descrito, incluso a falta de una normativa específica, podría configurar la hipótesis de un negocio en fraude de Ley y, por consiguiente, verse sancionado con la nulidad. Naturalmente, en semejante caso habría que demostrar la existencia de los elementos característicos de un negocio en fraude de Ley, es decir, que el negocio sirva para alcanzar el mismo resultado que el prohibido, así como el ánimo, común a ambas partes, de eludir la norma imperativa.

Por consiguiente, la *ratio* de la norma radica en la desconfianza del legislador comunitario sobre la autenticidad de las adquisiciones que la sociedad efectúa en el bienio posterior a su inscripción en el Registro Mercantil de activos pertenecientes a los promotores y fundadores y por un importe no inferior a la décima parte del capital social: se quiere pues proteger a la sociedad de operaciones que pudieran estar viciadas por conflictos de intereses en el primer período de su existencia, período que se caracteriza por una mayor fragilidad de la misma.

Por más que sea evidente que la exigencia de impedir el fraude de las disposiciones relativas al control y la publicidad también existe después de cada aumento de capital, no creo que se pueda afirmar la extensión de la limitación de que se trata también a las adquisiciones de la sociedad efectuadas tras los aumentos de capital. Efectivamente, en mi opinión, se trata de una norma excepcional que, por ser limitativa de la capacidad de la sociedad, no puede ser objeto de aplicación analógica.

El motivo por el que tal norma no puede aplicarse analógicamente depende, pues, de manera particular del hecho de que dicha norma constituye prácticamente una «presunción absoluta de fraude», en la medida en que determinadas operaciones están sometidas «por definición» a las normas sobre control y publicidad (por tanto, independientemente de cualquier intención fraudulenta de las partes), cuando concurren los requisitos que dicha norma prevé.

20. Una vez precisado esto, hay que preguntarse si el legislador comunitario consideró suficiente para evitar los abusos la obligación de diligencia de los administradores y, por tanto, el hecho de que se ponga en juego su responsabilidad en el caso de operaciones que perjudiquen a la propia Sociedad o a los intereses de socios y/o de terceros o si, por el contrario, la falta de una normativa específica al respecto debe interpretarse en el sentido de que cada Estado miembro es libre para adoptar las medidas que considere más oportunas al respecto.

En realidad, teniendo en cuenta la *ratio* del apartado 1 del artículo 11, así como el hecho de que el apartado 2 del mismo artículo excluye de su ámbito de aplicación las operaciones corrientes de la sociedad, considero que debe excluirse la posibilidad de una intervención del legislador nacional (y también de una interpretación jurisprudencial que pretenda colmar tal «laguna») que, a través de una «tipificación» generalizada de todos los casos posibles de fraude que pudieran plantearse, estuviera destinada a sancionarlos sin tener en absoluto en cuenta el hecho de si existe efectivamente un intento de fraude y un perjuicio para los intereses en juego.

A una solución diversa se llegaría si se considerara, por ejemplo, que el apartado 2 del artículo 11 de la Segunda Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se aplica el apartado 1 del mismo artículo a las operaciones corrientes de la sociedad en la medida en que *pudieran* considerarse «fraudulentas» incluso por importes inferiores a la décima parte del capital social y también si se efectuaran después del período de dos años (o, en su caso, del plazo superior fijado por el legislador nacional).

Personalmente considero carente de fundamento semejante interpretación, que contradice tanto el tenor como el espíritu de las disposiciones que hemos examinado hasta aquí. Efectivamente, debe señalarse que ello implicaría que, mientras algunas operaciones son consideradas *por definición* fraudulentas debido a la magnitud del importe y al período en que se efectúan, otras operaciones (de menor entidad económica), respecto a las cuales se ha previsto la no aplicación de tal normativa, con el evidente objetivo de proteger la fluidez del tráfico, terminarían, por el contrario, por ser tratadas de manera aún más severa.

21. Dicho esto, considero que cualquier ordenamiento puede utilizar sus propias normas de Derecho común (me refiero a instituciones como el «fraude de Ley», el «abuso del derecho» o la «simulación») para reprimir operaciones en las que el fraude, mejor que presumirse *iuris et de iure* —como ocurre fundamentalmente en el artículo 11—, se pruebe con otros medios, en particular cuando resulte probada la intención de las partes de eludir las normas sobre las aportaciones no dinerarias. Y ello, eventualmente, bajo el control interpretativo del Tribunal de Justicia, para evitar que se prescinda de los intereses que el Derecho comunitario pretende garantizar mediante el procedimiento de armonización del Derecho de sociedades.

Las consideraciones precedentes me inducen a pensar, pues, que una normativa nacional (independientemente de que se base en normas formales o en una interpretación jurisprudencial) no puede estar concebida de

manera que haga *ipso facto* ilícitas operaciones que están permitidas por la Segunda Directiva por el mero hecho de que resulten vinculadas a un aumento de capital.

Desde este punto de vista, la amortización de una deuda de la sociedad con los medios financieros aportados por el propio acreedor en el momento de la suscripción de las acciones es —en principio— conforme con las normas correspondientes de la Segunda Directiva, a menos que se pruebe la intención fraudulenta de las partes que, como he dicho, puede sancionarse utilizando los instrumentos destinados a este fin por las normas de Derecho común vigentes en cada ordenamiento nacional.

III. Sobre la aplicabilidad directa de las normas de la Segunda Directiva

22. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar la aplicabilidad directa de algunas normas de la Segunda Directiva, más precisamente, del apartado 1 del artículo 25²¹ y del apartado 1 del artículo 29,²² confirmando en esas ocasiones su reiterada jurisprudencia conforme a la cual una norma incondicionada y suficientemente precisa puede ser invocada por los

21 — Sentencia de 30 de mayo de 1991, Karella y Karellas (asuntos acumulados C-19/90 y C-20/90, Rec. p. I-2691), apartados 17 a 19.

22 — Sentencia de 24 de marzo de 1992, Evangeliki Ekklessia, anteriormente citada, apartado 39.

particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales, frente a la Administración.

En el caso que nos ocupa, el problema se plantea en otros términos, en la medida en que se trata aparentemente de determinar si la Segunda Directiva, a la que ya se ha adaptado el Derecho nacional (y, según los autos, correctamente), puede oponerse a particulares (por ejemplo, por un accionista o por un acreedor frente a la sociedad).

Considerando que, como se ha dicho al principio, la doctrina sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas no se basa en normas formales, sino que depende de la interpretación que el órgano jurisdiccional nacional supremo alemán ha pronunciado (también) sobre las mismas normas dictadas para adaptar el Derecho nacional a la Segunda Directiva,²³ no considero correcto plantear el problema, como ha hecho el Gobierno alemán en sus observaciones, en términos de «efectos horizontales» de la Directiva.

23 — A este respecto, permitaseme añadir, refiriéndome a la teoría sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas, que se comprende mal la tesis del Bundesgerichtshof, expresada en la tantas veces citada sentencia de 15 de enero de 1990, así como la del Bundesverfassungsgericht en su sentencia de 27 de agosto de 1991 (*Der Betrieb*, 1991, p. 2230), conforme a las cuales la Segunda Directiva es tan [...] «clara» que no necesita interpretación alguna. A este respecto, me limitaré a recordar que dicha sentencia declara expresamente que el órgano jurisdiccional nacional, antes de llegar a la conclusión de que no hay necesidad de efectuar una remisión al Tribunal de Justicia, «debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría también a los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros y al Tribunal de Justicia» (apartado 16). Ahora bien, por lo que respecta a las «posibles» dudas interpretativas que pudiera suscitar la doctrina sobre las aportaciones no dinerarias encubiertas respecto a las correspondientes normas de la Segunda Directiva, baste aquí referirse a las divergencias que existen en materia de aplicación en los distintos Estados miembros, así como al debate doctrinal existente en la materia, en particular y precisamente en Alemania, para darse cuenta de que la interpretación de la Directiva de que se trata no es tan clara. Por consiguiente, en tales circunstancias, la remisión a la sentencia CILFIT es, cuando menos, poco apropiada.

Efectivamente, debo subrayar que, en el presente asunto, el órgano jurisdiccional nacional debe determinar si existe o no un derecho en favor del accionista a obtener informaciones, habida cuenta de la doctrina de las aportaciones no dinerarias encubiertas. Como ya ha precisado el Tribunal de Justicia hace tiempo, en una situación de este tipo «prescindiendo de la eficacia de la Directiva, su interpretación [...] puede constituir para el órgano jurisdiccional nacional un criterio útil para garantizar la interpretación y la aplicación de la Ley interna de adaptación en un sentido conforme a las exigencias del Derecho comunitario»²⁴ (*traducción provisional*).

Además, como ha precisado el propio Tribunal de Justicia en la sentencia *Marleasing*,²⁵ al aplicar el Derecho nacional «el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado».

Por lo tanto, y en definitiva, en un caso como el de autos no se plantea en absoluto un problema de efectos «horizontales» de la Directiva de que se trata, puesto que el órgano jurisdiccional nacional está obligado, al aplicar las normas nacionales correspondientes, a interpretarlas a la luz de las normas comunitarias a las que aquéllas pretenden adaptar el Derecho nacional.

24 — Sentencia de 20 de mayo de 1976, *Mazzalai* (111/75, Rec. p. 657), apartado 10.

25 — Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8.

23. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Landgericht Hannover (tal y como las he vuelto a formular) en los siguientes términos:

- «1) Un crédito contra una sociedad y aportado a la misma con ocasión de un aumento de capital debe ser calificado, en el sentido y a los efectos de la Segunda Directiva, como una aportación dineraria en la medida en que se trate de un crédito en metálico, líquido y exigible; una operación consistente en un doble pago es, por consiguiente, conforme a la Segunda Directiva siempre que el crédito satisfaga tales requisitos.
- 2) El apartado 1 del artículo 11 de la Segunda Directiva, en relación con el artículo 10 y con el apartado 2 del artículo 27 de la misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no puede aplicarse analógicamente a supuestos distintos a los contemplados en él: tales supuestos siguen estando sometidos a la normativa común del fraude de *Ley aut similia*, en el presente asunto, previa interpretación del Tribunal de Justicia.
- 3) El órgano jurisdiccional nacional, llamado a aplicar las normas de la Segunda Directiva, debe interpretar el propio Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la misma Directiva.»